

SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA DECLARACION DE IMPORTACION DE MERCANCIAS LIBERADAS

SUMARIO: I. PUNTOS DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA.—II. LA SITUACIÓN JURÍDICO-POSITIVA: A) Principios generales. B) La situación actual: a) El sistema de la Orden de 29 de julio de 1959. b) Modificaciones posteriores. c) Limitaciones del sistema. C) Consecuencias.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN: A) Su caracterización como negocio jurídico. B) Concepto y problemática de la autorización: a) Concepto. b) Imprecisión del concepto. c) Las diversas especies de autorización. C) El concepto de admisión. D) Nuestra posición.

I.—PUNTOS DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA.

Al plantearse el problema enunciado en el epígrafe nos encontramos con una de las numerosas cuestiones inexploradas dentro del campo de la Administración económica, especialmente en España. El tema es, sin embargo, de un gran interés por varias razones. En primer lugar, por la indudable importancia que tiene el comercio exterior dentro de la economía de un país, y, particularmente dentro de nuestro comercio, la liberación de mercancías acordada en ejecución del Decreto-ley de Ordenación Económica; en segundo lugar, porque los problemas jurídico-administrativos de nuestro comercio exterior han sido escasamente contemplados por la doctrina (1). Pero a más de las razones anteriores nos interesa destacar, ya dentro del campo estrictamente jurídico, la necesidad de averiguar lo que sean estas «declaraciones» que la Administración no puede rechazar si se mantienen dentro de las formalidades legales y cumplen los requisitos exigidos, y con ellas es preciso tratar, puesto que el problema es sustancialmente idéntico, todos los demás casos en que, dentro del cauce establecido por la Ley, la Administración debe otorgar su autorización a los actos realizados por los particulares.

En principio, estas declaraciones podrían incluirse dentro de las llamadas autorizaciones regladas, de las que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado repetidas veces, y de forma especialmente directa en la sentencia de 16 de mayo de 1962, según la cual: «Se trata

(1) Puede citarse como excepción el artículo de MONCADA, *Intervención administrativa en el comercio exterior*, «Estudios en homenaje a Jordana de Pozas», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, tomo III, volumen 2.º, págs. 348 y sigs.

de obtener determinadas autorizaciones administrativas; pero la facultad denegatoria del correspondiente organismo encargado de concederlas no puede ser arbitrariamente ejercitada, sino que ha de estar fundamentada en la concurrencia en el caso de autos de las condiciones de carácter legal establecidas genéricamente por el legislador, sin poder aplicar un trato subjetivo o discriminatorio al margen de aquéllas» (2). Con esto se deja abierto el problema de la diferencia entre autorizaciones regladas y discrecionales, supuesto genérico del que nosotros abordamos ahora.

Esta cuestión ha preocupado a la doctrina española en relación con determinadas materias, especialmente la autorización para la apertura de farmacias, de la que se han ocupado S. MARTÍN RETORTILLO (3) y GONZÁLEZ PÉREZ (4), y las licencias en la legislación de régimen local estudiadas por ENTRENA (5). La importancia actual de las materias económicas justifica sobradamente la contemplación de nuestro problema presente, que pasamos a estudiar exponiendo en primer lugar la situación jurídico-positiva, para entrar después a dilucidar el problema de la naturaleza jurídica de las declaraciones sobre los datos que ofrece nuestro Derecho positivo.

II.—LA SITUACIÓN JURÍDICO-POSITIVA.

A) Principios generales.

Los principios básicos de la regulación jurídico-positiva en la materia que nos ocupa se encuentran en dos textos básicos, uno por contener la declaración genérica acerca del comercio exterior, y otro por ser el punto de partida del que arrancan las directrices que regulan nuestra situación económica actual. Nos referimos a la Ley Arancelaria de 1 de mayo de 1960 y el Decreto-ley de 21 de julio de 1959, llamado oficialmente de Ordenación Económica y vulgarmente Plan de Estabilización.

El primero de ambos textos declara en su artículo 1.º: «Todas las mercancías podrán ser objeto de importación, exportación y, en general, de todo acto de tráfico internacional en las condiciones y con los requisitos inherentes a su distinto régimen de comercio y sin más limitaciones que las que el Gobierno establezca por razones de moral, sanidad, orden público u otras internacionalmente admitidas.» En el texto citado se contempla la declaración genérica permisiva de las operaciones de comercio con dos órdenes de limitaciones: unas que son de ca-

(2) Véanse en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril, 11 de mayo y 11 y 22 de junio de 1962.

(3) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, en el número 24 de esta REVISTA, Madrid, 1957, págs. 117 y sigs.

(4) GONZÁLEZ PÉREZ, *La medición de distancias entre farmacias a efectos de otorgar la licencia de apertura*, en el número 32 de esta REVISTA, Madrid, 1960, págs. 141 y sigs.

(5) ENTRENA CUESTA, *Las licencias en la legislación local*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 107, Madrid, septiembre-octubre 1959, págs. 641 y sigs.

rácter meramente policial (moral, sanidad, orden público, etc.) y otras que se derivan del régimen de comercio. Dentro de la importación el régimen liberalizado es sólo uno de estos regímenes aludidos (6).

Refiriéndose ya concretamente a la importación en régimen de comercio libre, el texto que la estableció en España es el segundo de los citados como básicos. En efecto, el artículo 1.º del Decreto-ley de 21 de julio de 1959 declaraba: «Las mercancías que en virtud de las obligaciones contraídas por España, como miembro de pleno de la OECE, sean declaradas de libre importación, quedarán igualmente liberalizadas en el interior del país», y el artículo 15 del mismo texto legal, empleando la fórmula tradicional en estos casos, disponía: «Por los Ministerios competentes se dictarán las disposiciones adecuadas al más eficaz cumplimiento de lo dispuesto en este Decreto-ley.» En cumplimiento de lo dispuesto en este Decreto-ley se dictarían las disposiciones liberalizadoras.

B) *La situación actual.*

Es fundamentalmente la establecida por la Orden de 29 de julio de 1959, aunque también es preciso tener en cuenta una serie de modificaciones posteriores. Vamos a referirnos a ambos extremos.

a) *El sistema de la Orden de 29 de julio de 1959.*

La Orden aludida en el epígrafe es la disposición fundamental en la materia, dictada en ejecución del Decreto-ley de Estabilización. El sistema que establecía, que se mantiene vigente en su mayor parte, es el que nos proporcionará los datos fundamentales en orden a nuestra investigación.

Según el artículo 1.º de la Orden, se declaraban de libre importación las mercancías que se relacionaban en el anexo A (7), siempre que su origen y procedencia fuera la de los países que se detallaban en el anexo B (8), quedando suprimido el régimen de licencia para estas mercancías. Pero la supresión del régimen de licencia no llevaba consigo la supresión de la intervención ministerial. El artículo 2.º exigía que los importadores de estas mercancías estuvieran facultados expresamente para importar la mercancía en cuestión; y el artículo 3.º disponía que estas importaciones se llevarían a efecto mediante una «Declaración de

(6) Los restantes regímenes de importación son el comercio globalizado, el comercio de Estado, el comercio bilateral, la importación de mercancías sin pago en divisas, la importación por operaciones de capital, y un último grupo residual, formado por las licencias de importación de mercancías no libres ni globalizadas, otorgadas sin referencia a cupo bilateral. A este último grupo nos referiremos más adelante en el texto.

(7) Este anexo contenía la primera relación de mercancías de libre importación.

(8) En este anexo se distinguían dos grupos: a) Países miembros de la OECE y sus territorios de Ultramar; b) Otros países: Australia, Birmania, Canadá, Ceilán, Estados Unidos, Federación Malaya, Ghana, Guatemala, Haití, Honduras, India, Irak, Jordania, Libia, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, República Dominicana, Unión Sudafricana y Venezuela.

Importación de Mercancías Liberadas» que formularía el importador utilizando los impresos habilitados al efecto. De este modo aparecieron en nuestro Derecho positivo las declaraciones a que nos referimos, disponiéndose además que la Orden sería de aplicación automática a las nuevas mercancías y países que en lo sucesivo se incorporasen al régimen de liberación (art. 5.º).

Además de lo hasta ahora dicho, la Orden a que nos referimos prescribía :

- 1.º Que los declarantes debían estar inscritos en el Registro de Importadores del Ministerio.
- 2.º Que a la declaración debía acompañar el resguardo acreditativo del depósito previo a las importaciones exigido por el Decreto 1.300/59 de 27 de julio.
- 3.º Que las declaraciones estarán sujetas en su tramitación a lo establecido en los artículos 65 y 67, referentes a tasas, del Decreto de 5 de mayo de 1954.

b) *Modificaciones posteriores.*

Todas las condiciones sustanciales del sistema descrito se mantienen en la actualidad; pero, no obstante, se han producido en él algunas modificaciones, que son de interés económico, aunque no tengan demasiada importancia desde un punto de vista jurídico.

Estas modificaciones consisten sustancialmente en la supresión del requisito de inscripción en el Registro y en la supresión del pago del depósito previo a las importaciones, como consecuencia del Decreto de 31 de marzo de 1960, que suprimía el Registro de Importadores, y del de 23 de enero del mismo año, que suspendía la aplicación del Decreto de 27 de julio de 1959, sobre depósito previo a las importaciones.

Pero aún más importante que las modificaciones citadas es la ampliación de los anexos A y B de la Orden de 29 de julio de 1959, integrando nuevas mercancías y nuevos países en el régimen de libre importación, con lo que puede considerarse éste el régimen común. Hasta siete nuevas relaciones de mercancías han sido publicadas (9) y el número de países ha sido igualmente ampliado (10).

c) *Limitaciones del sistema.*

Por más que nuestra intención sea estudiar el problema que plantea la calificación jurídico-administrativa de las declaraciones de importa-

(9) Las listas de mercancías liberadas han sido publicadas por las Resoluciones siguientes: 2.ª Resolución, de 30-III-60 (B. O. del 1-IV). 3.ª Resolución, de 7-XII-60 (B. O. del 9). 4.ª Resolución, de 17-II-61 (B. O. del 20). 5.ª Resolución, de 19-VII-61 (B. O. del 24). 6.ª Resolución, de 7-II-62 (B. O. del 9). 7.ª Resolución, de 26-VI-62 (B. O. del 29), y 8.ª Resolución, de 22-II-63 (B. O. del 1-III).

(10) Los países a los que se ha ampliado el régimen de libre importación son: Finlandia, por Orden de 1-I-61 (B. O. del 27); Túnez y Chile, por Orden de 2-VIII-61 (B. O. del 18), y Ecuador, por Orden de 27-VI-62 (B. O. del 28).

ción, una vez examinado el sistema legal nos parece necesario formular unas observaciones exponiendo las limitaciones de que adolece.

La primera de ellas consiste en que, según el mecanismo legal de la importación en régimen de comercio libre, la liberación sólo se produce cuando se trate de las mercancías incluídas en las relaciones publicadas, siempre y cuando éstas provengan de los países con los que rige la convertibilidad monetaria, que son los contenidos en el anexo B de la Orden de 27 de julio de 1959, con las ampliaciones posteriores. A simple vista puede observarse que esto da lugar a la existencia de un hueco en la regulación jurídica del comercio exterior. En efecto, pueden darse dos casos, que son los siguientes, en los que existe una completa ausencia de normas legales:

- 1) Importación de mercancías, incluídas en las relaciones, que no provengan de países del área de la convertibilidad.
- 2) Importación de mercancías que provengan de países con los que exista convertibilidad, pero que no estén incluídas en las relaciones de liberación.

Cuando las mercancías que se pretenda importar en alguno de los dos casos anteriores no se encuentren en régimen de comercio globalizado o bilateral, nos encontraremos con que no está regulada la importación.

La segunda limitación a la que es preciso referirse constituye en realidad una práctica viciosa. Nos referimos al régimen de comercio para importación de mercancías usadas. Según un anuncio o aviso publicado en el «Boletín de Información Comercial Española» de 9 de agosto de 1962 (11), la Dirección General de Comercio Exterior comunicaba a la redacción del «Boletín» que «las importaciones de maquinaria o material de cualquier clase usado, reacondicionado, proveniente de surplus o que por cualquier otra razón se encuentre devaluado, no está incluído en el régimen liberado, sino que debe solicitarse siempre en régimen bilateral». No es necesario insistir sobre la absoluta falta de validez legal de dicha advertencia, no sólo porque ni siquiera se publica como Resolución o Instrucción administrativa, sino porque tales disposiciones carecen de validez en nuestro Derecho positivo si no han sido publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, según los artículos 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Sin entrar en el problema de la validez de esta reserva respecto de los compromisos contraídos con la OECE en su día, nos atrevemos a propugnar la promulgación en el *Boletín Oficial del Estado* de la disposición de rango correspondiente (bastaría con una Orden ministerial), ya que en ninguna de las disposiciones hasta ahora promulgadas se contiene ninguna norma en relación a la materia.

Por último, hay que referirse también al precedente que sienta, en orden a la desarticulación del régimen de libre importación, la Resolución de 29 de diciembre de 1962 (*Boletín Oficial* del 31), en virtud de

(11) Página 3.633.

la cual se suspende la aplicación del régimen de libre importación de las mercancías comprendidas en los capítulos 48 y 49 del Arancel de Aduanas, excepto las de las partidas 49.01 y 49.02 y calcomanías vitrificables de la partida 49.08.

Si se continúa por el camino de la «desliberación», las directrices del Decreto-ley de 21 de julio de 1959 se convertirían en letra muerta (12).

C) *Consecuencias.*

Del sistema legal vigente expuesto hasta ahora pueden deducirse una serie de consecuencias que nos servirán como otros tantos datos en orden al problema de la naturaleza jurídica de la declaración de importación de mercancías liberadas. Estas consecuencias son unas de orden negativo y otras de orden positivo; esto es, por una parte nos orientarán en cuanto a que las declaraciones no presentan los rasgos normales de los actos administrativos a que podían ser referidas, y por otra nos muestran las funciones que dichas declaraciones cumplen.

Entre las consecuencias que hemos llamado negativas es preciso referirse a las siguientes. En primer lugar, la aceptación de la declaración no supone la remoción de un obstáculo policial. Según hemos visto, la Ley Arancelaria distingue las limitaciones de orden policial (moral, sanidad, orden público) de las inherentes al régimen de comercio de las mercancías. Y es indudable que la limitación que supone la exigencia de declaración hay que incluirla entre las últimas y no entre las primeras. Por otra parte, hay que tener en cuenta que al aceptar la declaración, la Administración no concede ningún derecho nuevo, puesto que el derecho del particular a la libre importación está basado en el Decreto-ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959 y en la Orden de 29 del mismo mes, dictada en ejecución de él. Y, por último, hay que tener en cuenta que la declaración no puede ser rechazada discrecionalmente por la Administración, siempre y cuando cumpla los requisitos legales. De hecho, el Ministerio de Comercio viene rechazando sólo de un 5 a un 10 por 100 de licencias por no cumplir esos requisitos legales exigidos (13).

En cuanto a las consecuencias que hemos llamado de carácter positivo, que son las que de una forma directa nos servirán para calificar la figura jurídica, son principalmente dos. De una parte, el hecho de que la declaración de importación de mercancías cumple una función de control. Esta función habrá que entenderla en un triple sentido: control respecto al cumplimiento de los requisitos legales, control respecto al

(12) Por otra parte, la Resolución de 19-1-63 (B. O. del 21) liberalizó nuevamente el papel prensa y globalizó, en cambio, los tractores.

(13) Este último dato me ha sido facilitado amablemente por el Técnico Comercial del Estado don Rafael Manzanares López, que presta sus servicios en la Dirección General de Comercio Exterior.

movimiento de divisas y control aduanero (14). De otra parte, mediante la presentación de la declaración y la aceptación de la misma por la Administración, el particular consigue actualizar su derecho, el derecho genérico a importar que le ha sido concedido por las disposiciones básicas del sistema, y que no puede ser discutido discrecionalmente por la Administración.

III.—NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN.

A) Su caracterización como negocio jurídico.

Operando sobre los datos que ofrece la situación legal, vamos a intentar proceder ahora a su calificación y al consiguiente encuadramiento de la declaración entre las diversas categorías jurídico-administrativas. Es indudable que la aceptación de la declaración es un acto administrativo, puesto que constituye a su vez una declaración de voluntad, conocimiento y juicio de la Administración. Ahora bien, una cuestión que surge inmediatamente es la de si hay que incluir esta aceptación entre los actos que suponen o entre los que no suponen la existencia de un negocio jurídico, con lo que aparece evidente la utilidad de esta distinción a efectos del problema que nos preocupa.

Claro es que la calificación de nuestro caso presente debe estar naturalmente determinada por el concepto que se mantenga acerca del negocio jurídico. Contra lo que opina algún autor (15), nosotros nos inclinamos a considerar que la distinción es útil a efectos científicos de clasificación de los actos administrativos. Pero aun aceptando la utilidad del concepto, éste puede entenderse en sentido amplio o estricto. Un concepto amplio de negocio jurídico es, por ejemplo, el de KORMANN, aceptado en la doctrina española por GARRIDO FALLA (16), según el cual puede definirse el negocio jurídico como «cierta actuación jurídica en la que la voluntad del actuante está dirigida a producir determinados efectos de derecho». Es claro que aceptando este punto de vista, el caso que nos planteamos entraría de lleno dentro del concepto. Pero, en cambio, no sucedería lo mismo si aceptásemos el punto de vista de SANTI ROMANO, para quien «no son negocios muchas manifestaciones o declaraciones de voluntad en las cuales no se podría encontrar ningún elemento normativo, ni siquiera entendido en sentido amplio. Por ejemplo, no parece que constituyan negocios... las admisiones en hospicios, institutos de instrucción, etc..., las autorizaciones administrativas, ex-

(14) De hecho, el juego de impresos de declaración de importación, además del impreso principal para el Ministerio, en el que debe firmar la aceptación el Técnico Comercial del Estado, contiene otros que se envían a la Aduana y al Instituto Español de Moneda Extranjera.

(15) Véase en este sentido STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, págs. 80-81.

(16) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 394.

cepto los casos en los cuales el contenido de las relaciones que derivan de tales actos sea regulado no por la Ley, sino excepcionalmente por los actos mismos, y siempre que estos actos no sean autoritarios» (17).

Como puede verse, la divergencia en torno al concepto se centra precisamente en torno a estos actos de contenido no normativo. El estudio de los mismos parece, por tanto, del máximo interés, tanto más cuanto que versa, como veremos en seguida, sobre actos incluidos hasta ahora en diversas categorías que carecen de contenido unitario. Esto es, no se trata de un conjunto bien delimitado de actos que haya que incluir dentro o fuera de los negocios jurídicos, sino de parcelas de figuras hasta ahora ya incluidas en una categoría (admisión, autorización).

A efectos de orientarnos sobre el problema, vamos a examinar las diversas categorías de actos que son negocios jurídicos, según el sector de la doctrina que tiene de este concepto una noción amplia. En la doctrina española, GARRIDO FALLA (18) incluye dentro de los actos jurídicos con categoría de negocios jurídicos las admisiones, los nombramientos, las concesiones, las autorizaciones, las aprobaciones y las dispensas. Desde luego rechazamos desde el primer momento la posibilidad de considerar las «declaraciones» como nombramientos, dispensas o aprobaciones. No parece haber duda alguna respecto a la primera de las tres figuras citadas. Tampoco en cuanto a la dispensa, puesto que, al aceptar la declaración, no se exime a nadie de cumplir una obligación. Por último, tampoco parece que deban incluirse entre las aprobaciones que normalmente se utilizan para hacer efectiva la tutela de la Administración central sobre la local.

En cuanto a la posibilidad de incluir esta figura entre las concesiones, adoptamos también una postura negativa, apoyándonos en los argumentos que manejan ALESSI y GARCÍA TREVIJANO, a los que nos adherimos en este punto concreto. Según ALESSI (19), la diferencia sustancial entre las concesiones y las demás figuras de este grupo estriba en que mientras la concesión es un acto simple, puesto que consiste en una declaración de voluntad, en los otros casos la declaración de voluntad está condicionada por la declaración de juicio o por un «acertamiento», que es precisamente lo que sucede en nuestro caso. Y refiriéndose concretamente a la diferencia con la autorización, GARCÍA TREVIJANO (20) afirma que esta última, aun suponiendo una intervención en el campo económico, permanece una simple autorización que no instaura una relación jurídica de tipo concesional entre autorizante y autorizado (21).

(17) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Milano, 1953, Voz «Atti e negozi giuridici», pág. 11.

(18) GARRIDO FALLA, ob. cit., págs. 396 y sigs.

(19) ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 3.^a ed., Milano, 1960, pág. 350.

(20) GARCÍA TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, en el número 12 de esta REVISTA, Madrid, 1953, pág. 26.

(21) Véase igualmente GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1937.

Es necesario, por tanto, incluir nuestro supuesto entre los que llama FORSTHOFF (22) actos jurídicos conformadores, esto es, los que fundan, modifican o suprimen una situación o una relación jurídica concreta. Según sigue diciendo el mismo autor, a esta categoría pertenecen todas las autorizaciones, permisos, licencias y concesiones que crean una situación jurídico-administrativa del destinatario. Excluidas las concesiones por las razones expuestas más arriba, tendríamos que incluir las declaraciones de importación de mercancías entre las demás figuras enumeradas. Pero cabalmente aquí es donde empieza el interés que para la parte general de la disciplina tienen la sentencia del Tribunal Supremo citada al comienzo del trabajo y el supuesto concreto que planteamos, pues el caso es que, como veremos inmediatamente, existe una discordia doctrinal y una confusión notable en torno a la unidad del concepto de autorización, así como a la posible diferencia respecto a la licencia. Problema que se agrava por la postura mantenida por un sector doctrinal acerca del concepto de admisión, en el cual, de aceptarse la postura a que nos referimos, podría incluirse también el supuesto planteado.

Es necesario, por tanto, estudiar esta zona de fricción, revisando las posturas doctrinales a efectos de fijar conceptos, con objeto de averiguar si las declaraciones pueden incluirse en uno u otro grupo de actos en función de los resultados obtenidos, o si las llamadas autorizaciones reguladas, entre las que cabría incluir las declaraciones, son en realidad una categoría autónoma. Problemas todos en los que entramos a continuación.

B) *Concepto y problemática de la autorización.*

Lo dicho hasta ahora nos obliga a examinar el concepto de autorización, lo que haremos partiendo de las definiciones tradicionales, para revisar sus elementos, la imprecisión del concepto y las zonas grises a que da lugar.

a) *Concepto.*

Parece verdaderamente sorprendente la existencia de una concordia doctrinal en torno a una noción tan imprecisa como la de autorización. Dos han sido las más principales definiciones que se han dado, que en definitiva no ofrecen una diferencia sustancial y que han sido aceptadas pacíficamente por los autores. Nos referimos a las definiciones de VIGNOCCHI y de DONATI (23).

Para VIGNOCCHI (24), puede definirse la autorización como «aquel acto particular de control preventivo, caracterizado por la función de

(22) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 292.

(23) Además de los autores citados en el texto, véase también FORTI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, II, Nápoli, 1950, pág. 138.

(24) VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, página 107.

condicionamiento de la eficacia de una especie jurídica precedente, limitada a la posibilidad de ejercicio de algunos poderes que derivan de ella, con el fin de asegurar que la actuación de tales poderes se realice en base a criterios de interés público-social». Y, como decimos, no difiere fundamentalmente de ella la postura de DONATI (25), para quien la autorización es «una declaración de voluntad, con la cual un sujeto o un órgano de la Administración pública permite que otros ejerciten un derecho o poder propios, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio en relación al interés específico que el sujeto tutelante debe tutelar». Especialmente esta última definición, quizá por haberse formulado en una fecha anterior, ha recogido numerosas e importantes adhesiones tanto en España como en Italia. Así, entre los autores italianos, es aceptada por FRANCHINI (26), que la recoge textualmente, e igualmente le prestan su adhesión ZANOBINI (27) y ALESSI (28); y entre los autores españoles, se hacen eco de la postura GARRIDO (29) y ENTRENA (30), y de una forma menos expresa S. MARTÍN RETORTILLO (31).

b) *Imprecisión del concepto.*

Sin embargo, las adhesiones que ha recogido esta definición no suponen de ningún modo que el grado de elaboración del concepto sea plenamente satisfactorio. Por el contrario, un numeroso y autorizado sector doctrinal coincide en apreciar la imprecisión del mismo, refiriéndose a una serie de puntos oscuros.

Así, por ejemplo, BODDA (32) advierte acertadamente que las autorizaciones comerciales son «provvedimenti» de policía administrativa, que tienen un contenido económico o comercial, y no de policía de seguridad. Con esto no se hace más que subrayar en este campo concreto que la función de policía no se limita ya a conservar el orden público, sino que ha cambiado de sentido, especialmente en estas materias económicas (33); pero esto nos orienta ya en cuanto al hecho de que la

(25) DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, en *Archivio Giuridico*, 1903, páginas 29 y sigs.

(26) FRANCHINI, *Le autorizzazione amministrative costitutive di rapporti fra l'Amministrazione e i privati*, Milano, 1937, pág. 10.

(27) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, I, 8.ª ed., Milano, 1958, pág. 261.

(28) ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 3.ª ed., Milano, 1960, pág. 249.

(29) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 399.

(30) ENTRENA CUESTA, *Las licencias en la legislación local*. «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 107, septiembre-octubre 1959, pág. 399.

(31) S. MARTÍN RETORTILLO, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, en el número 24 de esta REVISTA, Madrid, 1957, pág. 147.

(32) BODDA, *Autorizzazione amministrativa con particolare riferimento alle licenze di commercio*, Nuova Rassegna di Legislazione e Giurisprudenza, 1955, pág. 1.459.

(33) Me refiero más extensamente a esta cuestión en mi tesis doctoral, aún inédita, *La intervención de la Administración en la Economía, Estudio especial de la intervención en las divisas*.

función policial, vinculada tradicionalmente a la autorización, no puede entenderse del mismo modo que antes.

Pero junto a la postura de BODDA pueden citarse también las de otros muchos autores. Así, SANTI ROMANO (34) piensa que «la autorización es un acto *más o menos discrecional*, con el que se permite una futura acción material, que de otro modo sería ilícita, o un futuro acto jurídico, que de otro modo sería inválido». Y si en este caso la indecisión versa sobre el problema de la discrecionalidad, en otros varios se refiere a la función de control. En esta línea se encuentra SANDULLI (35), que establece una distinción entre varias figuras, y afirma que todas ellas cumplen una función de control; ZANOBINI (36), que caracteriza esta figura también por su función de control, y GIANNINI (37), que se refiere a funciones de control, certeza y vigilancia. Fácilmente puede verse la indeterminación derivada de estas posiciones, ya que, por una parte, no es sólo la autorización la figura que cumple una función de control, y, por otra parte, dentro de las llamadas autorizaciones, pueden distinguirse una serie de subtipos en los cuales el control se ejerce de modos totalmente diversos y en condiciones muy distintas.

Con nuestra postura coincide, por otra parte, S. MARTÍN RETORTILLO (38), para quien existen una serie de especies distintas dentro del *genus* de la autorización. Al referirse a esta figura, se trata simplemente, según el autor citado, de agrupar, de intentar sistematizar un poco determinados actos administrativos que ofrecen características comunes (39). Y todavía en forma más terminante se expresa FRANCHINI (40), según el cual «no existe posiblemente ninguna categoría jurídica respecto a la cual haya existido y exista una indeterminación mayor acerca de los actos que deban ser incluidos dentro de la misma».

c) *Las diversas especies de autorización.*

La exactitud de las palabras de FRANCHINI transcritas nos explica fácilmente la diversidad doctrinal con que nos encontramos a la hora de intentar establecer una distinción entre las diversas especies de autorización, pues lo cierto es que rara vez coinciden los autores en los criterios empleados para efectuar la distinción, e incluso a veces soslayan

(34) SANTI ROMANO, *Corso di Diritto amministrativo. Principii generali*, 3.^a ed., Padova, 1937, pág. 241.

(35) SANDULLI, *Notazione in tema di provvedimenti autorizzativi*, «Rivista Trimestrale di Diritto pubblico», 1957, pág. 788.

(36) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, I, 8.^a ed., Milano, 1958, págs. 261 y siguientes.

(37) GIANNINI, *Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, Banca, Borsa e titoli di credito, XIII, III, pág. 306.

(38) S. MARTÍN RETORTILLO, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, en el número 24 de esta REVISTA, Madrid, 1957, pág. 149.

(39) S. MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 151.

(40) FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Milano, 1957, pág. 5.

el problema, cuando sería necesario entrar en el examen del mismo (41).

Así, por ejemplo, ORTOLANI (42) basa su distinción en la calidad del sujeto que solicita la autorización, y distingue así entre las autorizaciones gubernativas que necesitan las personas de derecho público para ciertos actos, en virtud de la tutela administrativa, y por otra parte, las autorizaciones de policía, también llamadas licencias o permisos. Como puede verse fácilmente, esta distinción no resulta muy útil en orden a nuestro supuesto. Un segundo criterio es el de la existencia o no de discrecionalidad por parte de la Administración, criterio manejado por DONATI (43). Según este autor, sería necesario distinguir entre las autorizaciones propiamente dichas, que implican una apreciación discrecional por parte de la Administración y que ofrecen carácter negocial, y las autorizaciones no discrecionales, regladas, que constituyen las licencias, y que, a diferencia de las anteriores, no tienen carácter negocial. SANDULLI (44), en cambio, combina el criterio de la discrecionalidad con el de que se concedan o no facultades nuevas, y de acuerdo con esto distingue los tres tipos siguientes:

- 1.º *Provvedimenti habilitativi*, que no suponen discrecionalidad y que tampoco conceden facultades nuevas, limitándose a reconocer la idoneidad del sujeto para llevar a cabo una actividad determinada.
- 2.º Licencias que suponen discrecionalidad y que confieren situaciones extrañas a posiciones jurídicas preexistentes.
- 3.º Autorizaciones que suponen discrecionalidad, pero que suponen también un derecho preexistente en el solicitante (45).

Como puede verse, existe una diversidad; pero, no obstante, existe también una coincidencia, no tanto en cuanto a los diversos tipos de autorización como en cuanto a la necesidad de depurar este concepto, separando de él otras figuras (licencia, permiso) que no se corresponden con el concepto tradicional de autorización.

La doctrina española ha sentido igualmente la necesidad de operar

(41) Así, por ejemplo, BODDA se limita a afirmar que la licencia de comercio es una verdadera autorización administrativa a la vista de lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución italiana («La iniciativa económica privada no puede ejercitarse en contraste o de tal modo que haga recaer daño sobre la seguridad, la libertad, la dignidad humana»), sin entrar a discutir si la licencia y la autorización son diferentes. BODDA, *Autorizzazione amministrativa con particolare riferimento alla licenze di commercio*, Nuova Rassegna di Legislazione e Giurisprudenza, 1955, págs. 1.453 y 1.455.

(42) ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione* «Scritti giuridici in onore di Santi Romano», II, Padova, 1940, pág. 249.

(43) DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Archivio Giuridico, 1903, página 149.

(44) SANDULLI, *Notazione in tema di provvedimenti autorizzativi*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1957, págs. 789 y sigs.

(45) No obstante, el mismo autor no mantiene siempre esta postura, ya que en otro lugar incluye el número primero de los distinguidos en el texto (licencias permisivas) entre las autorizaciones. SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, 4.ª ed., Nápoli, 1957, páginas 281 y 282.

una distinción dentro del amplísimo campo de las autorizaciones; pero esta distinción ha sido llevada a cabo en sentidos diferentes. Así, por ejemplo, ENTRENA CUESTA (46) estima que no existe base en nuestro Ordenamiento jurídico para entender que con los términos autorización, permiso y licencia se está aludiendo a diversas categorías jurídicas; pero, sin embargo, páginas después (47) efectúa una distinción entre licencias de otorgamiento reglado (que son aquellas en que la Ley enumera los presupuestos de hecho necesarios para que se otorgue la autorización, dándose los cuales, la Administración queda vinculada a efectuar dicho otorgamiento), y las licencias discrecionales, en las que no se dan tales supuestos. Y GARRIDO (48), si bien hace constar que la legislación y la jurisprudencia utilizan los términos autorización, licencia y permiso para referirse a una sola categoría jurídica, páginas después (49) opina que las autorizaciones pueden consistir tanto en la valoración de la oportunidad del ejercicio de un derecho, como en la comprobación de las circunstancias objetivas previstas por la Ley como condicionamiento de tal ejercicio. Y claro es que a la vista de esta postura se desprende lógicamente de ella que «si la autorización consiste en la valoración de la oportunidad del ejercicio de un derecho, quiérese decir con ello que la Administración actúa discrecionalmente cuando realiza esta valoración, con lo que quedarían fuera del concepto aquellas autorizaciones que sólo exigen de los órganos administrativos una actuación de comprobación y que implican, consiguientemente, en el peticionario un derecho subjetivo a su obtención, supuestas las circunstancias objetivas que haya determinado la Ley» (50). Y se añade que «a la conclusión que podría llegarse lícitamente es a la de que estas autorizaciones no tienen el carácter de negocios jurídicos» (51).

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido en diversos casos a la necesidad de distinguir entre las autorizaciones discrecionales y las regladas. Bien elocuente es en este sentido la sentencia que citamos al principio, corroborada por una constante jurisprudencia anterior (52).

A la vista de todo esto nos inclinamos por la necesidad de distinguir entre la autorización discrecional, que supone una actuación de valoración por parte de la Administración, y la autorización reglada, en la que la Administración se limita a constatar que se dan en el so-

(46) ENTRENA CUESTA, *Las licencias en la legislación local*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 107, septiembre-octubre 1959, pág. 643.

(47) ENTRENA CUESTA, ob. cit., pág. 652.

(48) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 399, en nota.

(49) GARRIDO, ob. cit., pág. 402.

(50) GARRIDO, ob. cit., pág. 401.

(51) GARRIDO, ob. cit., pág. 401, en nota.

(52) Véanse en este sentido las sentencias de 23 de febrero de 1950, 29 de diciembre de 1951, 9 de marzo de 1954, 6 de febrero de 1957, 31 de octubre de 1958, 9 de febrero de 1959, 10 de noviembre de 1960 y 6 de abril, 11 de mayo y 11 y 26 de junio de 1962. Elude, en cambio, la cuestión la sentencia de 8 de marzo de 1952.

licitante las circunstancias exigidas por la Ley. Esto es, estimamos que no pueden mantenerse ambas figuras jurídicas centro de la categoría común de la autorización, lo cual se revela como imprescindible a la hora de calificar jurídicamente las llamadas declaraciones de importación de mercancías liberadas. Pero como quiera que un cierto sector doctrinal incluye estos supuestos dentro de la admisión, se hace necesario también, y antes de buscar una solución definitiva, el examen de dicho concepto.

C) *El concepto de admisión.*

Aunque la imprecisión del concepto de admisión no es tan notable como la del de autorización, no obstante, se da en él un grado suficiente como para que un cierto sector de la doctrina española lo haya confundido con lo que hasta ahora hemos venido llamando autorización reglada. Vamos a exponer, primero, la formulación que podríamos llamar clásica, para ocuparnos después de esta confusión.

La doctrina maneja comúnmente el concepto de admisión en dos sentidos distintos. Para SANTI ROMANO, en Italia, y para GARRIDO, en España, la admisión es sustancialmente la inclusión en un grupo. Así, SANTI ROMANO (53), cuando maneja el concepto, lo hace refiriéndose a la admisión en hospicios, institutos de instrucción, etc., y para GARRIDO (54), la admisión es un acto administrativo, cuyo efecto consiste en introducir a un individuo en una determinada colectividad, de la cual pasa a formar parte.

En cambio, otro sector doctrinal maneja el concepto en un sentido diferente o, más exactamente, dándole un matiz distinto. Así, para OSPITALI (55), la admisión es el acto por el cual una persona resulta habilitada para valerse de un servicio público; y para ALESSI (56), la función que cumple la admisión es la de actualizar en un caso concreto el derecho genérico que tiene el particular de utilizar un servicio público o recibir una prestación administrativa.

Por el contrario, la doctrina española, o, al menos, un sector de ella, no se ha preocupado de matizar el concepto, habiendo resultado de ello una identificación errónea con la categoría que ahora nos ocupa. Así, para GASCÓN Y MARÍN (57), las autorizaciones que permiten el goce de ciertos derechos al particular, no son obligatorias, sino facultativas

(53) SANTI ROMANO, *Corso di Diritto amministrativo. Principii generali*, 3.^a ed., Padova, 1937, pág. 243. Véase igualmente en este sentido, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Milano, 1953, pág. 11.

(54) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 396.

(55) OSPITALI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, 4.^a ed., Padova, 1962, pág. 307.

(56) ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 3.^a ed., Milano, 1960, págs. 348 y 428.

(57) GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, 13.^a ed., Madrid, 1957, página 192.

para la Administración, mientras que las admisiones se reconocen a petición del interesado por la Administración, sin que ésta pueda negarlas si se dan las condiciones previstas por las leyes. Y para ROYO-VILLANOVA (58), la admisión es el acto por el cual la Administración da eficacia a un derecho del particular, a requerimiento de éste, sin que tenga libertad para negarlo.

Vemos, por tanto, cómo, de aceptarse esta postura, sería necesario incluir nuestro supuesto en el concepto de admisión, y no en el de autorización, lo que complica los términos del problema con el que nos enfrentamos.

D) *Nuestra posición.*

De los términos en que hemos planteado el problema se deduce lógicamente que, como previa a la calificación de las declaraciones de importación de mercancías liberadas, hemos de plantearnos la cuestión de si estas autorizaciones regladas deben incluirse entre las admisiones o si presentan los rasgos comunes suficientes para ser incluidas en el concepto de autorización, o, por el contrario, si merecen, por sus características, que se les considere como una figura jurídica independiente.

Rechazamos, desde luego, la postura de la doctrina española, que cree que estos actos integran la figura de la admisión. La misma raíz semántica nos está demostrando que con la admisión se alude a una cosa distinta. Con la admisión se trata justamente de «admitir» a alguien dentro de un grupo calificado. Después podrá discutirse que se trate de un grupo de una u otra clase (usuario de un servicio, perceptor de una prestación); pero es claro que de lo que se trata es de que el admitido se integre en una colectividad más o menos diferenciada del resto de los ciudadanos, según los casos.

El problema importante se plantea, por el contrario, en torno a la inclusión o no inclusión de los actos que nos ocupan dentro del concepto de autorización. Para ello vamos a tratar de averiguar cuáles son los elementos esenciales de la autorización y a tratar de comprobar si se dan o no en las llamadas autorizaciones regladas.

De la cuestión de los caracteres de la autorización se ha ocupado BODDA (59), que efectúa la enumeración siguiente:

- 1) Naturaleza negocial.
- 2) Diferencia respecto a la aprobación y a la concesión.
- 3) Valor autónomo frente al acto autorizado.
- 4) Función de control.
- 5) Carácter discrecional.

(58) ROYO-VILLANOVA, A. y S., *Elementos de Derecho administrativo*, 24.^a ed., Valladolid 1955, pág. 101.

(59) BODDA, *Autorizzazione amministrative con particolare riferimento alle licenze di commercio*, Nuova Rassegna di Legislazione e Giurisprudenza, 1955, pág. 1.459.

6) Contemplación de actividades jurídicas o materiales.

7) Dejar a salvo los derechos de terceros.

Fuera de esta enumeración ha quedado el carácter policial y el hecho de valoración que efectúa la Administración del acto autorizado, caracteres que nosotros también consideramos de interés.

Pues bien, si realizamos un atento examen de estos caracteres, veremos que únicamente merecen la pena de ser retenidos la función de control, el carácter discrecional y los dos que nosotros hemos apuntado: carácter policial y valoración de la oportunidad del ejercicio de un derecho. Abandonamos el problema de la naturaleza negocial, que depende de la postura que se mantenga acerca del concepto de negocio jurídico, y en cuanto a los demás caracteres que BODDA enumera, parece evidente que no se dan sólo en el caso de la autorización.

Centrada así la cuestión en los cuatro caracteres señalados (función de control, discrecionalidad, carácter policial y actividad de valoración), advertiremos fácilmente que existe una correlación entre el primero y el tercero y el segundo y el cuarto de estos caracteres, en virtud de la cual están muy próximos, pero no son indistinguibles entre sí. En efecto, la valoración que efectúa la Administración está directamente emparentada con la discrecionalidad, pero no son identificables, ya que, si bien es cierto que al valorar la Administración la oportunidad del ejercicio de un derecho actúa siempre discrecionalmente, no siempre es cierto la inversa, puesto que en el ejercicio de actividad reglada se da en cualquier caso un margen de discrecionalidad. Y lo mismo sucede con los otros dos caracteres, ya que actualmente no puede pensarse que una función de control suponga necesariamente una actividad policial, al menos entendiendo ésta en el sentido de preservar el orden público concebido al viejo estilo.

En el caso de las llamadas autorizaciones regladas existe decididamente una función de control que puede suponer o no una actividad policial, y existe también un cierto margen de discrecionalidad. Lo que no existe, desde luego, es la *valoración de la oportunidad del ejercicio de un derecho*. Y éste es, en realidad, el rasgo distintivo básico de la figura jurídica de la autorización. Justamente, la ausencia del mismo fue lo que llevó a DONATI (60) a proponer la creación de la licencia como figura independiente, y lo que hizo dudar a GARRIDO (61) de la inclusión en el concepto de las autorizaciones regladas. Y, a nuestro entender, aquella opinión y esta duda están ampliamente justificadas. Si mediante los actos a que nos referimos la Administración no efectúa un juicio de valor sobre la conciliación del interés individual con el interés del grupo social, cuya tutela tiene encomendada, dichos actos no pueden incluirse dentro del viejo concepto de autorización. La función de control, la discrecionalidad, el carácter de actividad policial, pueden darse en otras figuras jurídicas. El juicio de valor sobre

(60) DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Archivio Giuridico, 1903, página 149.

(61) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 401.

el ejercicio de un derecho es privativo de la autorización. Nótese bien la diferencia que existe entre los dos supuestos. En la autorización auténtica existe un derecho del particular a realizar un acto, pero es un derecho genérico e indeterminado, y la Administración hace un juicio de valor sobre la oportunidad del ejercicio de tal derecho. En estos otros actos administrativos no sólo existe el derecho genérico a realizar el acto, sino que existe una disposición administrativa que faculta a los particulares para realizarlo en determinadas condiciones. La Administración se limita en este caso a comprobar si se dan efectivamente estas condiciones, cumpliendo así una función de control.

Parece necesario incluir a todos estos supuestos en una nueva figura jurídica, que proponemos llamar aceptación, ya que en los supuestos mencionados la Administración acepta simplemente que se ejercite el derecho, una vez comprobado que se dan efectivamente las condiciones legales. Esta figura jurídica se diferencia de la admisión en que mientras en la aceptación se reconoce al particular la potestad de ejercitar su derecho a realizar un acto, en la admisión, en cambio, se le incluye en un grupo.

Y una vez dicho lo anterior, estamos ya en posesión de todos los elementos de la definición del mismo. La aceptación sería «aquél acto administrativo en virtud del cual la Administración reconoce al administrado la potestad de ejercitar su derecho a realizar un acto, limitándose a verificar que se dan en el caso concreto los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico».

En esta figura es donde sería necesario incluir la declaración de importación de mercancías liberadas y los supuestos análogos sobre los que se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo que distinguen entre autorizaciones discrecionales y regladas.

M. BAENA DEL ALCÁZAR.

Ayudante de la Universidad de Madrid.

